

商法改正に關する意見書

昭和二十九年八月十六日法務省民事甲第一六八六號をもつて清原邦一事務次官より、當法學部長あて左の如き「商法改正に關する照會」があつた。

去る七月六日法制審議會において法務大臣から「商法に改正を加える必要があるとすれば、その要綱を示されたい」との諮問があり、商法部會において商法全般にわたり改正の要否を検討することになりましたが、會社に關しては前回御意見を伺いましたので、今回は商法中會社編以外の部分で緊急改正を要する事項をとりまとめたいと思いますので御氣付のものがありませんたら御回報下さいますようお願いします。

右の照會に對し、當法學部では、意見書作成準備のため研究委員會を設け、左の委員並びに幹事を委嘱し、同委員會は、昭和二十九年九月二十八日以降、數回にわたる會合の結果、以下の如き意見書を採擇した。よつて昭和三十年一月十日附をもつて、第

一、第二法學部長より法務事務次官清原邦一氏あてにこれを送付した。

商法改正に關する研究委員會委員

委員

中村宗雄氏（教授）	高島平藏氏（助教授）
大濱信泉氏（教授）	大橋誠一氏（辯護士）
外岡茂十郎氏（教授）	常盤正雄氏（三菱銀行）
野村平爾氏（教授）	黑板駿策氏（月島機械）
大野實雄氏（教授）	並木直邦氏（興銀）
星川長七氏（教授）	朝山豐三氏（辯護士）
林義雄氏（助教授）	毛受信雄氏（辯護士）

幹事

高野竹三郎氏 高島平藏氏

商法改正に關する意見

(一) 小商人に關する規定を改正すること。

小商人制度については、普通商人との限界づけの困難なること及び商法の規定の一部の適用を除外する實際的効果並びに缺陷等を考えるとき、制度自體の存否についても種々問題があるが、假に小商人制度を存置するにしても、現行法は左の如く改正さるべきである。

(1) 小商人の範圍は資本金によらず、經營の態様によつてこれを定めること。

商法は従前においては、行商人及び露天商人を小商人としていたが、規定の仕方が適切でなかつたので解釋上争を生じ、資本金二千圓未滿で且つ會社に非ざるものとして専ら資本金によつて小商人の範圍を定めることとなつた。しかし小商人にあつては、會社の場合とは異なりその資本金額は固定的のものではないので、資本金額による標準は明確を缺くものであり、また會社を小商人より除外した趣旨を一貫させる意味においても、小商人の範圍は資本金によらず經營の態様等よりこれを決すべきものである。

(2) 資本金を基準とする場合はその額を増額すること。

前述のように小商人の範圍はその經營態様より定めらるべきものであるが、それと同時に資本金をも併せて標準とされることが考えられる。しかし今日においては資本金二千圓未滿の商人は實在しないといつても差支なく、従つて小商人制度は殆んど無意味なものとなつてゐる。それ故に小商人制度を維持するためには、

早急にその標準資本金の増加を圖らなければならない。

(3) 小商人の範圍の決定は政令等に委任すること。

小商人制度は極めて政策的なものであるので、その範圍を決定するにあつては弾力性を必要とするものであり、殊にその範圍を資本金の額によらしめる以上、資本の額はその時代の貨幣價值に即應するように定められなければならない。それ故に小商人の決定は法律によらず政令等によつてなされることが望ましい。なお法の體裁よりみるも、現行のように施行法中にその範圍を規定すべきものではなく、舊法のように施行法には委任の旨を規定し、その具體的決定は政令等に委ねるべきものである。

(二) 營業讓渡に關する規定を一まとめにして獨立の章となし、從業員の地位等についても適當の規定を設けること。

現行法は、營業讓渡に關する規定を商號の章のなかにおいているが、商號は單に營業の名稱にすぎないものであるから、これによつて表示されている實質的關係の移動である營業讓渡をその傘下に收めることは適當でなく、獨立の章を設けるべきものである。次に營業讓渡の際における從業員の地位については、船員の場合には特別の規定によつてその歸屬が明確にされているが、一般の從業員については何等の規定がなく、また學說も岐れている。それ故に營業讓渡に關する問題として、從業員の歸屬についても規定を設けるべきである。もつとも商法の歴史的 성격は資本法たるにあり、従つて企業の把握にあたつても資本の側面よりするもので

あるとの反對説も考えられるが、いやしくも企業をもつて商法の中心概念となす以上、そして企業に人的要素と物的要素の二つの範疇のあることを考える場合、むしろ營業譲渡における従業員の状態について規定をおくことこそ商法をして眞の企業法たらしめる所以であるといふべきである。なお、營業の譲渡にあたつて譲受人をして企業の實體を把握せしめるために、商業帳簿の移轉義務等についても規定をおくべきものと考えらる。

(三) 商業帳簿に關する規定を整備すること。

商業帳簿に關する問題は、株式會社において特に重要な意義を有するものであるから、その改正等についても株式會社法において問題とされるべきものである。しかし商業帳簿に對する商法の態度は總則において明かにされると共に、またそれは實際にそくしたものでなければならぬ。現行商法は、債權者保護の見地より企業會計においては、財産の動態的の面即ち營業の成果の計算よりも靜態的な面即ち財産計算を重視し、その考え方はいわば常に企業の解體されることを前提としているものといふことができる。しかし企業にとつては、將來の計画をたてる上からいつてもむしろ成果の計算こそ重要な意味をもつものであり、また債權者にとつても企業の解體は望ましいことではなく、その關心も専ら企業の収益力にあるといふべく、従つて成果の計算は債權者保護にも資するものであるといふことができる。それ故に商法も、企業會計の靜的な面と同様に動的なものを重視すべきであり、そ

して兩者を明確に區別して規定すべきものである。なお、財産目錄の存在意義が減少しつつある現状等も考慮し、適當に改正することが急務である。

(四) 商行爲篇の體係化を圖ること。

商法は第三編商行爲においてその體系化は極めて貧困であり、特に總則において甚だしい。勿論民法との關係上やむをえないものがあるが、例えば有價證券に關する規定の如きは、別に獨立の章を設ける等の方法によつて、可能な限りその體系化を圖ることが望ましい。なお、實際界における普通取引條款の發達はめざましいにもかかわらず商法はこれに關して規定していないが、取引條款に關する法的原則の如きは、總則中において規定すべきものである。次に第三章交互計算は各營業に共通の一種の經濟的技術であり、また第四章匿名組合の如きも、契約關係として商行爲とみることに間は間違はないが、しかし本質的には一種の企業形態であること等についても吟味せらるべきである。

(五) 絶對的商行爲を廢止すること。

現行法はいわゆる商行爲中心主義に立つ結果、絶對的商行爲なるものを認めているが、その存在價值については、學説は殆んどこれを否認し、また實際上も一度限りの行為に商法を適用するが如き例も乏しく、更に現行商法自體がその體系をこわしている以上、かかる規定はよろしく廢止して繼續的な營利活動のみを商法の對象とすれば充分であらう。なお現行法が絶對的行為となしている

ものをみるに、いわゆる投機購買及び投機賣却にあつては營利意思の存在が必要であり、しかもその意思は、行爲の當時に外部より認識し得べき外觀において存することを要するものであつて、従つて一般人の一回だけの投機購買等は事實上否認されることとなるであらう。また取引所に於てする取引は、専門の賣買商人または證券業者による取引活動であるから問題はなく、更に手形その他の商業證券に關する行爲についても、これは證券行爲に商法の規定を適用せんがための政策的規定であつて、本來は商法の範圍外の行爲と認められる上に、これを商行爲となす實益も極めて乏しいといわざるをえない。なお、擔保附社債信託法は信託の引受及び社債總額の引受を商行爲としているが、この法による信託の引受は信託會社でなければなすことができず、従つて營業としてなされる場合以外を想像することはできない。以上現行法の規定自體についてみても、繼續的な營利活動と關係のない絶對的商行爲を認める餘地は少く、また今日の如き發展した資本主義經濟體制下においては、それを否認するも何等法的生活の安定を害する虞はないものと考えられる。

なお絶對的商行爲の廢止にともなつて、從來の商行爲中心主義的な商法典の再編が長期的計画の下に早急に着手されるべきものと考ええる。

(六) 倉庫證券に關する併用主義を單券主義に改めること。

わが國は明治四十四年の改正以來、いわゆる複券主義と單券主

義とを併用しているが、複券主義は寄託者にとつて單券主義よりも便利ではあるが、質入證券と預證券とが分離して流通することは質入證券の取得者に不安を感じしめ、また質權の設定及び實行の手續も煩雜となる等の缺點を有し、その結果實際においても預證券及び質入證券は殆んど利用されず、専ら倉庫證券のみが使用されている實情にある。それ故に法もこの現實に即應するように改正されるべきであらう。

(七) 船荷證券の發行に關する規定を改正すること。

船荷證券發行の時期については、法は船積後遲滞なく云々と規定しているが、これを運送品受領後と改めるべきである。

(八) 商事裁判について特別の制度を設けること。

商事事件は純法律的、技術的なものであるから、これを一般の民事裁判所において處理することは必ずしも適當でなく、諸外國は早くより商事事件の特色の着目して商事裁判所または商事部をしてこれを處理せしめている。企業をめぐるもろもろの法律關係を迅速且つ適確に處理する上から觀ても、統計の作成や商事紛争の動向を把握する上から言つても、商事裁判所または商事部の設置が特に望ましい。なおこの裁判所には破産部をも含めるべきであらう。